



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2010

Direkte Sanktionen im Kartellrecht: das Swisscom-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

Heinemann, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-36351>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Heinemann, Andreas (2010). Direkte Sanktionen im Kartellrecht: das Swisscom-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts. Jusletter:1-13.

Andreas Heinemann

Direkte Sanktionen im Kartellrecht

Das Swisscom-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

Die Wettbewerbskommission hatte der Swisscom Mobile im Jahr 2007 eine direkte Sanktion in Höhe von ca. 333 Millionen CHF auferlegt. Der Vorwurf lautete Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Bereich der Mobilfunkterminierung. Das Bundesverwaltungsgericht hat den Behördenentscheid nun im Wesentlichen aufgehoben: Zwar liegt auch nach Auffassung des Gerichts eine marktbeherrschende Stellung vor. Diese sei aber nicht durch die Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) missbraucht worden. Das Urteil klärt einige in jüngster Zeit intensiv diskutierte Streitfragen und verschafft so den direkten Sanktionen (trotz Aufhebung im Streitfall) grössere Anwendungssicherheit. Das letzte Wort hat allerdings das Bundesgericht. Auch der Gang nach Strassburg ist nicht ausgeschlossen.

Rechtsgebiet(e): Kartellrecht

Zitiervorschlag: Andreas Heinemann, Direkte Sanktionen im Kartellrecht, in: Jusletter 21. Juni 2010

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts
 1. Der Entscheid der Vorinstanz
 2. Art. 7 EMRK – Keine Strafe ohne Gesetz
 3. Art. 6 EMRK – Recht auf ein faires Verfahren
 - 3.1 Recht auf ein unabhängiges Gericht
 - 3.2 Selbstbelastungsverbot
 4. Anspruch auf rechtliches Gehör
 5. Art. 7 KG – Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen
 - 5.1 Marktbeherrschende Stellung
 - 5.2 Missbrauch
- III. Würdigung des Urteils
 1. Bestimmtheitsgrundsatz
 2. Recht auf ein unabhängiges Gericht
 3. Art. 7 KG
 - 3.1 Marktbeherrschende Stellung
 - 3.2 Missbrauch
 - 3.2.1 Begriff der «Erzwingung» unangemessener Preise
 - 3.2.2 Bezug zum Europäischen Kartellrecht
 - 3.3 Das Verhältnis der kartellrechtlichen Preiskontrolle zu funktionalen Äquivalenten
 - 3.3.1 Preisüberwachungsgesetz
 - 3.3.2 Übervorteilung (Art. 21 OR)
 - 3.3.3 Fernmeldegesetz
 - 3.4 Fazit zu Art. 7 KG
- IV. Zusammenfassung

I. Einleitung

[Rz 1] Die Einführung der direkten Sanktionen durch die KG-Revision 2003 beruhte auf der Erkenntnis, dass die Wirksamkeit des Kartellgesetzes erheblich eingeschränkt ist, wenn lediglich Sanktionen für Ungehorsam gegen Behördenentscheide zur Verfügung stehen. Das neue Sanktionsregime, das neben den direkten Sanktionen (Art. 49a Abs. 1 KG) eine Bonusregelung (Art. 49a Abs. 2 KG) und ein Meldeverfahren (Art. 49a Abs. 3 KG) umfasst, hat dem Schweizer Kartellrecht die Instrumente verschafft, die zur wirksamen Repression und Prävention von Wettbewerbsverstössen erforderlich sind, und die heute nicht nur in Industrieländern Standard sind. In systematischer Hinsicht ist hervorzuheben, dass die direkten Sanktionen nur für einen Ausschnitt des kartellrechtlich Verbotenen, nämlich für unzulässige Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG¹ und für Verstösse gegen Art. 7 KG verhängt werden können, und nicht, wie beispielsweise in der EU, für jeglichen Verstoß gegen materielles Kartellrecht (s. Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003).

[Rz 2] Die Neuerung trat 2004 in Kraft, die Übergangs-

bestimmung lief am 31. März 2005 aus.² Seither hat die Wettbewerbskommission (Weko) in zehn Fällen direkte Sanktionen verhängt, zunächst für Verstösse gegen Art. 7 KG,³ sodann für unzulässige Vertikalabreden⁴ und schliesslich für echte Kartelle.⁵ In fünf Fällen beruhte der Sanktionsentscheid auf einer einvernehmlichen Regelung,⁶ in den übrigen Fällen wurde Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (im Folgenden BVGer oder Gericht) eingelegt. Nun liegt das erste Gerichtsurteil zu den direkten Sanktionen vor,⁷ nämlich zur Verfügung der Weko betreffend die Terminierungspreise im Mobilfunk: Das BVGer hat den Entscheid der Weko im Wesentlichen aufgehoben, insbesondere auch die Verhängung der direkten Sanktion. Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung der Swisscom Mobile AG⁸ auf dem Wholesale-Markt für die in ihr Mobilfunknetz eingehenden Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie wird hingegen bestätigt.⁹ Sowohl die Weko als auch Swisscom haben die Sache an das Bundesgericht weitergezogen.¹⁰

[Rz 3] Auch wenn der Sanktionsentscheid der Weko nicht aufrechterhalten wird, verschafft die Urteilsbegründung den direkten Sanktionen grössere Anwendungssicherheit. Die Aufhebung der kartellbehördlichen Verfügung beruht nicht auf prinzipiellen Einwänden gegen die Sanktionierbarkeit, sondern auf einer abweichenden Auslegung des materiellen Rechts, nämlich des Begriffs der «Erzwingung unangemessener Preise» i.S. von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG.

¹ Nicht abschliessend geklärt ist die Frage, ob auch Abreden sanktioniert werden können, die zwar von den Vermutungstatbeständen erfasst werden, bei denen aber die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden konnte und sich die Kartellrechtswidrigkeit aus Art. 5 Abs. 1 Alt. 1 KG ergibt (nämlich aufgrund der erheblichen, nicht zu rechtfertigenden Beeinträchtigung des Wettbewerbs). Siehe hierzu ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, RZ 1119 ff.

² S. die Schlussbestimmung hinter Art. 63 KG. Die Ahndung des Tessiner Strassenbelagskartells war wegen der Übergangsfrist nicht möglich, s. WEKO, 19.11.2007 – *Strassenbeläge Tessin*, RPW 2008, 85.

³ WEKO, 18.9.2006 – *Flughafen Zürich AG (Valet Parking)*, RPW 2006, 625; WEKO, 5.2.2007 – *Terminierungspreise im Mobilfunk*, RPW 2007, 241; WEKO, 5.3.2007 – *Publigroupe*, RPW 2007, 190; WEKO, 7.7.2008 – *Documed (Publikation von Arzneimittelinformationen)*, RPW 2008, 385; WEKO, 19.10.2009 – *Preispolitik Swisscom ADSL*, RPW 2010, 116.

⁴ WEKO, 25.5.2009 – *Baum- und Gartenschere*, RPW 2009, 143; WEKO, 27.11.2009 – *Hors-Liste Medikamente*; WEKO, 8.12.2009 – *Gaba*, RPW 2010, 65.

⁵ WEKO, 6.7.2009 – *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, RPW 2009, 196; WEKO, 27.5.2010 – *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*. Zum ersten Fall s. die eingehende Analyse von WEBER/RIZVI, Submissionskartell – Horizontale Kartellabsprachen am Beispiel der Elektroinstallationsbetriebe Bern, Jusletter 1. Februar 2010.

⁶ *Flughafen Zürich AG, Documed, Baum- und Gartenschere, Elektroinstallationsbetriebe Bern, Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*.

⁷ Daneben existieren Gerichtsentscheide zu kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen ausserhalb von Art. 49a KG, s. BVGer, 3.10.2007 – *Flughafen Zürich AG*, RPW 2007, 653 (Art. 50 KG); BVGer, 2.2.2010 – *Taxizentrale Zürich*, RPW 2010, 190 (Art. 52 KG).

⁸ Aufgrund einer Reorganisation existiert diese Gesellschaft nicht mehr. Im folgenden ist der Einfachheit halber nur noch von «Swisscom» die Rede.

⁹ BVGer, 24.2.2010 – *Terminierungspreise im Mobilfunk*, B-2050/2007. S. die Besprechungen von SEITZ, Grundrechtsgewährleistungen in Kartellsanktionsverfahren, EuZW 2010, 292; DIES., AJP/PJA 2010, 651.

¹⁰ NZZ v. 23.3.2010, S. 27.

II. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

1. Der Entscheid der Vorinstanz

[Rz 4] Unter Terminierung versteht man die Dienstleistung, die das Netz eines angerufenen Teilnehmers bei der Verbindung mit dem Netz des Anrufenden erbringt. Der Betreiber des originierenden Netzes hat dem Anbieter des terminierenden Netzes hierfür ein Entgelt zu zahlen. Die Weko hatte im Februar 2007 eine beherrschende Stellung der Swisscom Mobile AG auf dem Wholesale-Markt für die in ihr Mobilfunknetz eingehenden Anrufe festgestellt, welche die Gesellschaft durch die Erzwingung unangemessen hoher Mobilterminierungspreise in Höhe von 33,5 Rappen pro Minute missbräuchlich ausgenutzt habe (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG).¹¹ Die Behörde verhängte eine direkte Sanktion in Höhe von ca. 333 Millionen CHF.¹² Auf Beschwerde von Swisscom hatte sich das BVGer insbesondere mit der Frage zu beschäftigen, ob die grundrechtlichen Garantien der Bundesverfassung und der EMRK respektiert wurden, und ob die Voraussetzungen von Art. 7 KG erfüllt sind.

2. Art. 7 EMRK – Keine Strafe ohne Gesetz

[Rz 5] Die Beschwerdeführerin rügt, dass Art. 7 KG (i.V. mit Art. 49a Abs. 1 S. 1 KG) keine genügende gesetzliche Sanktionsgrundlage i.S. von Art. 7 Abs. 1 EMRK bilde, und zwar weder auf Tatbestands- noch auf Rechtsfolgenseite. Es sei nicht vorhersehbar, was unter der «Erzwingung unangemessener Preise» zu verstehen sei. Was die Bemessung der Sanktion betreffe, so sei der Verweis auf die Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens und die angemessene Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns in Art. 49a Abs. 1 S. 3 und 4 KG trotz der Angabe einer Obergrenze in Satz 1 der Vorschrift nicht hinreichend klar und räume der Behörde einen beispiellosen Ermessensspielraum ein.¹³

[Rz 6] Das BVGer weist die Rüge zurück und stellt klar, dass kein Verstoss gegen den Bestimmtheitsgrundsatz *nulla poena sine lege certa* vorliege. Zwar hätten die direkten Sanktionen Strafcharakter, so dass Art. 7 EMRK anwendbar sei. Ausreichende Bestimmtheit könne auch mit Hilfe der Auslegung durch die Gerichte hergestellt werden, wenn Vorhersehbarkeit gewahrt wird. Das Bestimmtheitsgebot verlange nicht, «dass das genaue Mass der Strafe oder ein abschliessender Katalog von Alternativen gesetzlich festgelegt sein

müssten». Zwar liege – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – keine in- oder ausländische Fallpraxis zur Frage der Erzwingung unangemessener Terminierungspreise in Systemen mit *ex post*-Kontrolle vor. Auch könne die Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG für sich allein betrachtet keine ausreichende Vorhersehbarkeit gewährleisten. Die «untrennbare Einheit» von Art. 7 Abs. 1 KG mit dem Beispielskatalog in Absatz 2 der Vorschrift könne die Bedenken aber ausräumen.¹⁴

[Rz 7] Den Meldeverfahren (Art. 49a Abs. 3 lit. a KG und nach der Schlussbestimmung hinter Art. 63 KG) räumt das BVGer im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁵ einen niedrigen Stellenwert ein: Es reiche aus, dass die Betroffenen aufgrund eines Meldeverfahrens Anhaltspunkte erhielten, welche für das Vorliegen einer unzulässigen und sanktionierbaren Verhaltensweise sprächen.¹⁶ Sie hätten dann die Gewissheit, dass sie bei Fortsetzung ihres Verhaltens die Verhängung einer direkten Sanktion riskieren.¹⁷

[Rz 8] Zum Vorwurf der Unbestimmtheit auf der Rechtsfolgenseite bezieht das Gericht keine Stellung,¹⁸ da es den Tatbestand von Art. 7 KG verneint (s.u. II 5), die direkte Sanktion folglich aufhebt und konsequenterweise keine Ausführungen zu den rechtsstaatlichen Anforderungen an die gesetzliche Ausgestaltung der direkten Sanktionen machen muss.¹⁹ Allerdings wurde diese Frage im zwei Monate später getroffenen *Publigroupe*-Entscheid relevant. Das Gericht bejaht die ausreichende Voraussehbarkeit der Rechtsfolge und verweist hierfür auf die Festlegung der Maximalsanktion in Art. 49a Abs. 1 KG und auf den grossen Spielraum, den die Konventionspraxis dem nationalen Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Sanktionsrahmens belässt.²⁰

¹¹ Das Verfahren gegen Orange und Sunrise wurde hingegen eingestellt: Die beiden Unternehmen seien aufgrund ihrer schwachen Stellung auf den Retail-Märkten, wegen Netzwerkeffekten sowie der starken Stellung der Marktgegenseite, nämlich von Swisscom, nicht marktbeherrschend.

¹² Weko, 5.2.2007 – *Terminierungspreise im Mobilfunk*, RPW 2007, 241. S. auch Weko, Zwischenverfügung vom 17.2.2003, RPW 2003, 387 (zur Zuständigkeit der Weko).

¹³ BVGer (oben Fn. 9), S. 59 ff. (unter Erwägungen 4.1).

¹⁴ BVGer (oben Fn. 9), S. 62 ff. (Erwägungen 4.2 – 4.5), S. 191 (Erwägung 11.1.3). Bestätigt in BVGer, 27.4.2010 – *Publigroupe*, B-2977/2007, S. 83 ff. (Erwägung 8.1.5).

¹⁵ BGE 135 II 60 – *Maestro*.

¹⁶ In der Evaluation des KG wurde die Ausgestaltung des Meldeverfahrens nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG kritisiert. Die Evaluationsgruppe schlägt vor, die fünfmonatige Widerspruchsfrist zu kürzen und die Sanktionsmöglichkeit erst bei Einleitung eines Untersuchungsverfahrens wieder aufleben zu lassen, s. EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ, Evaluation gemäss Art. 59a Kartellgesetz – Synthesebericht, Bern 2009, S. 38 f.

¹⁷ BVGer (oben Fn. 9), S. 70 ff. (unter Erwägungen 4.6).

¹⁸ S. aber BVGer (oben Fn. 9), S. 89 (Erwägung 5.6.6.4): Es seien keine Gründe erkennbar, welche das Gericht daran hindern könnten, die Sanktionsbemessung mit einer Kognition zu überprüfen, welche den Anforderungen von Art. 6 EMRK entspricht.

¹⁹ BVGer (oben Fn. 9), S. 74 (unter Erwägungen 4.7).

²⁰ BVGer, 27.4.2010 – *Publigroupe*, B-2977/2007, S. 89 ff. (Erwägung 8.1.7).

3. Art. 6 EMRK – Recht auf ein faires Verfahren

3.1 Recht auf ein unabhängiges Gericht

[Rz 9] Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass ihr Anspruch auf ein unabhängiges Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK) verletzt worden sei, da eine «organisatorisch-funktionelle Verflechtung von Untersuchungsbehörde (Sekretariat) und Entscheidbehörde (Wettbewerbskommission)» vorliege und sich die Weko zudem in die laufende Untersuchung des Sekretariats eingemischt habe. Unter Verletzung des Anklageprinzips hätten Sekretariat und Weko einen Inquisitionsprozess ohne klare Trennung zwischen Ankläger und Richter geführt. Aufgrund des Einsitzes von Interessenvertretern sei die Weko zudem nicht genügend unabhängig. Eine Heilung dieser Fehler durch ein Gerichtsverfahren mit umfassender Kognition komme nur bei Massenbagatelldelikten in Frage.²¹

[Rz 10] Das BVGer lässt die Frage offen, ob die Weko ein Gericht i.S. von Art. 6 Abs. 1 EMRK sei. Es reiche jedenfalls aus, dass in einer späteren Phase ein Gericht mit voller Kognition entscheide. Aufgrund der Erfordernisse von Flexibilität und Effizienz könne es gerechtfertigt sein, dass in erster Instanz eine Verwaltungsbehörde entscheide, die den Ansprüchen von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht in jeder Hinsicht genüge. Es treffe nicht zu, dass diese Vorgehensweise nur bei Bagatelldelikten möglich sei.²² Das Gericht verweist auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in der Rechtssache *Mamidakis gegen Griechenland*.²³ Im Mittelpunkt des Falls stand ein Bussgeld in Höhe von ca. drei Millionen Euro,²⁴ das eine griechische Zollbehörde einem Zolldelinquenten auferlegt hatte, und das von den griechischen Verwaltungsgerichten bestätigt worden war. Der EGMR verneinte eine Verletzung von Art. 6 EMRK.²⁵ Das BVGer folgert hieraus, dass auch ausserhalb des Bagatelldeliktensbereichs eine Sanktionierung durch eine Verwaltungsbehörde möglich sei, wenn später die Möglichkeit voller gerichtlicher Kontrolle besteht. Ausserdem folge, so das BVGer, aus der englischen Sprachfassung von Art. 6 Abs. 1 EMRK, dass die Einschaltung eines Gerichts vor rechtskräftiger Verhängung der Sanktion den Anforderungen genüge.²⁶ Schliesslich er-

fülle die vom BVGer ausgeübte Kognition die Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK.²⁷

3.2 Selbstbelastungsverbot

[Rz 11] Die Beschwerdeführerin beruft sich auf ihr Recht, zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen. Die Weko habe durch die auf die gesetzliche Mitwirkungspflicht gestützte Beweiserhebung hiergegen verstossen.²⁸ Das Gericht erachtet die Rüge einer Verletzung der Schweigepflicht für unbegründet. Es sei ein Ausgleich zwischen den gesetzlichen Ermittlungsbefugnissen und den legitimen Verteidigungsinteressen der betroffenen Unternehmen vorzunehmen. Das Gericht lässt die genauen Grenzen des Selbstbelastungsverbots offen, insbesondere die streitig diskutierte Frage, ob ein absolutes Aussageverweigerungsrecht gelte, oder ob Tatsachen immer offenbart werden müssten, und nur das Eingeständnis einer Zuwiderhandlung verweigert werden dürfe. In casu habe die Beschwerdeführerin vorbehaltlos auf die Auskunftsbefehle geantwortet. Unzulässiger Zwang komme erst dann in Betracht, wenn die Wettbewerbsbehörde die Auskunftspflicht mit einer (selbständig anfechtbaren) Verfügung konkretisiert habe.²⁹

4. Anspruch auf rechtliches Gehör

[Rz 12] Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Sie begründet dies u.a. mit Redezeitbeschränkungen, einem unvollständig zugestellten Verfügungsantrag, Einschränkungen beim Recht zur Stellungnahme und mit ungenügender Aktenkenntnis von Weko-Mitgliedern. Das Gericht erklärt diese Rügen für unbegründet. Selbst wenn eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliege, sei diese geheilt worden.³⁰

5. Art. 7 KG – Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

[Rz 13] Die Weko hatte festgestellt, dass die Swisscom Mobile AG ihre marktbeherrschende Stellung missbrauche, indem sie unangemessene Terminierungsgebühren von anderen Fernmeldediensteanbietern (insbesondere

²¹ BVGer (oben Fn. 9), S. 33 (unter Sachverhalt D.b), S. 76 (unter Erwägungen 5.3).

²² BVGer (oben Fn. 9), S. 77 ff. (unter Erwägungen 5.4 und 5.5).

²³ EGMR, Urteil 35533/04 v. 11.1.2007 – *Mamidakis c. Grèce*.

²⁴ Zuzüglich einer Solidarhaftung für Bussgelder anderer Beteiligten ergab sich ein Gesamtbetrag von fast fünf Millionen Euro.

²⁵ Der Gerichtshof nahm allerdings eine Verletzung von Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK (Schutz des Eigentums) an: Die Busse erreiche das Zehnfache der nicht gezahlten Abgaben und sei deshalb unverhältnismässig. Mangels Ratifizierung des Ersten Zusatzprotokolls ist diese Argumentation nicht auf die Schweiz übertragbar.

²⁶ BVGer (oben Fn. 9), S. 80 f. (Erwägung 5.5.4). Die hier relevanten

Passagen von Art. 6 Abs. 1 EMRK lauten in der englischen Fassung wie folgt: «In the determination [...] of any criminal charge [...], everyone is entitled to a fair and public hearing [...] by an independent and impartial tribunal.» Als «determined» gelte eine Anklage erst bei Er-wachung in Rechtskraft, so dass die Einschaltung eines Gerichts irgendwann vor diesem Zeitpunkt konventionskonform sei.

²⁷ BVGer (oben Fn. 9), S. 82 ff. (Erwägung 5.6). Diese Grundsätze hat das BVGer im *Publigroupe*-Entscheid bestätigt, s. BVGer, 27.4.2010 – *Publigroupe*, B-2977/2007, S. 74 ff. (Erwägung 8.1).

²⁸ BVGer (oben Fn. 9), S. 33 (unter Sachverhalt D.b), S. 89 (Erwägung 5.7.1).

²⁹ BVGer (oben Fn. 9), S. 89 ff. (Erwägung 5.7).

³⁰ BVGer (oben Fn. 9), S. 96 ff. (Erwägung 6).

Sunrise und Orange) erzwungen habe. Der Vorwurf bezieht sich also auf einen Ausbeutungs- und nicht auf einen Behinderungsmissbrauch.³¹

5.1 Marktbeherrschende Stellung

[Rz 14] Die Existenz einer marktbeherrschenden Stellung hängt regelmässig von der Definition des relevanten Marktes ab. Die Weko hatte eng abgegrenzt, indem sie einen Wholesale-Markt für die in das Swisscom-Mobilfunknetz eingehenden Anrufe angenommen hatte. Die Beschwerdeführerin verweist darauf, dass Terminierung nur eine notwendige Vorleistung für Anrufe in fremde Netze sei. Es sei von einem allgemeinen Telephoniemarkt oder zumindest einem Markt für Mobiltelefonie auszugehen.³² Eine marktbeherrschende Stellung liege u.a. deshalb nicht vor, weil aufgrund der fernmelderechtlichen Interkonnektionspflicht die Handlungsfreiheit aller Fernmeldeanbieter eingeschränkt sei und somit keine Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten vorliege. Jeder Fernmeldeanbieter könne Preisverhandlungen scheitern lassen und den Regulator anrufen. Die Tatsache, dass die Konkurrenten höhere Terminierungsgebühren als die Beschwerdeführerin durchsetzen konnten, zeige, dass von einer Marktbeherrschung nicht die Rede sein könne.³³

[Rz 15] Das Gericht folgt diesen Argumenten nicht und bestätigt die Feststellungen der Weko zur Abgrenzung des relevanten Marktes und zur marktbeherrschenden Stellung. Es stellt auf die anerkannten Grundsätze der Marktabgrenzung ab (wie sie auch in Art. 11 Abs. 3 VKU niedergelegt sind). Für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts sei also auf die Austauschbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite und sodann auf die Angebotsumstellungsflexibilität abzustellen. Entscheidend sei deshalb die Frage, ob es aus der Sicht der Anbieterinnen von Fernmeldediensten Substitute zur Mobilterminierung gebe. Hierfür seien auch die Bedürfnisse der Endkunden relevant. Da aus der Sicht der Marktgegenseite keine Alternative zur Terminierung eines Anrufs in ein bestimmtes Mobilfunknetz existiert (und ein direkter Zugang auf die SIM-Karte anderer Mobilfunkanbieterinnen nicht gewährt wird), konstituiere jedes Mobilfunknetz, und damit auch dasjenige von Swisscom, einen separaten Wholesale-Markt für die Terminierung von Anrufen.³⁴

[Rz 16] Auf diesem Markt habe Swisscom eine beherrschende

Stellung inne. Aus der (engen) Marktabgrenzung folge ein Marktanteil von 100 %. Potentieller Wettbewerb sei nicht erkennbar: Trete ein neuer Mobilfunknetzbetreiber hinzu, entstehe lediglich ein neuer Wholesale-Markt für die Terminierung in dessen Netz. Von der Marktgegenseite (Sunrise und Orange) und den Endkundenmärkten gingen keine disziplinierenden Kräfte aus. Die fernmelderechtliche Regulierungsordnung schränke Handlungsspielräume zwar ein. Allein entscheidend für Art. 4 Abs. 2 KG sei aber die Frage, ob disziplinierender Wettbewerb die Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten verhindere. Auch aus der Tatsache, dass die beiden anderen Mobilfunkanbieter, Orange und Sunrise, im relevanten Zeitraum höhere Terminierungspreise als Swisscom verlangten,³⁵ folge nichts anderes. Swisscom habe auf dem relevanten Markt keinen Verlust, sondern einen Gewinn erwirtschaftet. Die wirtschaftliche Bedeutung des gegenseitigen Terminierungsgeschäfts werde verfälscht, wenn nur willkürlich ausgewählte Einnahme- und Ausgabefaktoren berücksichtigt würden. Zudem seien die Gespräche in andere (Mobilfunk-)Netze nicht Teil des hier relevanten Marktes.³⁶

5.2 Missbrauch

[Rz 17] Die Weko hatte entschieden, dass der Terminierungspreis von 33,5 Rappen pro terminierte Minute als «Erzwingung unangemessener Preise» i.S. von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG zu qualifizieren sei. Die Feststellung des Preismissbrauchs beruhte auf der Kostenmethode und dem Vergleichsmarktkonzept: Die Terminierungspreise der Beschwerdeführerin hätten wesentlich über den Kosten sowie über den vergleichbaren Preisen im Ausland gelegen.

[Rz 18] Das Gericht lässt die Frage des objektiven Missverhältnisses der ausgetauschten Leistungen offen.³⁷ Es liege jedenfalls keine «Erzwingung» unangemessener Preise vor.³⁸ Von «Erzwingung» könne nicht die Rede sein, wenn die Marktgegenseite die Möglichkeit habe, nach Fernmelderecht eine amtliche Preisfestsetzung zu verlangen, hierauf aber verzichtet habe. Das Gericht stützt sich für diese Aussage auf die Stellung der kartellrechtlichen Preisaufsicht im Kontext anderer Instrumente der Wertparitätskontrolle, insbesondere im Schuld-, Straf-, Preisüberwachungs- und Fernmelderecht. Diese Normenbereiche seien «für die Auslegung von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG insofern von grundlegender Bedeutung, als erst vor deren Hintergrund die Konturen dieser Bestimmung sichtbar werden und damit deren Anwendungsbereich in

³¹ Zu Unklarheiten des erhobenen Vorwurfs, die allerdings ausgeräumt werden konnten, s. BVGer (oben Fn. 9), S. 52 ff. (unter Erwägungen 2.2).

³² BVGer (oben Fn. 9), S. 34 (unter Sachverhalt D.c).

³³ BVGer (oben Fn. 9), S. 35 ff. (unter Sachverhalt D.d und D.e), S. 149 ff. (Erwägung 10.2.2).

³⁴ BVGer (oben Fn. 9), S. 107 ff. (Erwägung 9). Das Gericht bestätigt auch die Auffassung der Weko, dass Festnetz- und Mobiltelefonie nicht austauschbar seien, dass Datentransfer (z.B. SMS oder e-mail) schon mangels Kommunikation in Echtzeit die Sprachtelefonie nicht substituieren könne, und dass auch alternativen Kommunikationsmitteln (z.B. VoIP) eine solche Funktion nicht zukomme.

³⁵ Bis zum 31.5.2005 betrugen die Terminierungspreise von Orange und Sunrise 36,95 bzw. 36,85 Rappen pro Minute, während Swisscom 33,5 Rappen pro Minute verlangte.

³⁶ BVGer (oben Fn. 9), S. 147 ff. (Erwägung 10).

³⁷ S. aber BVGer (oben Fn. 9), S. 223, wonach «sich angesichts der von der Vorinstanz erhobenen Daten und ihrer prima vista plausiblen Argumente an der Angemessenheit des hier zu Diskussionen Anlass gebenden Terminierungspreises ernsthaft zweifeln lässt».

³⁸ BVGer (oben Fn. 9), S. 193 ff. (Erwägung 11.3).

einer Weise erkennbar wird, der dem in Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK verankerten Bestimmtheitsgebot und Gesetzmässigkeitsprinzip zu genügen vermag».³⁹

[Rz 19] Das Gericht macht grundlegende Ausführungen zur Preisbildung und zum Ausnahmecharakter der Preiskontrolle in der Marktwirtschaft. Der Unterschied zwischen einer Preiskontrolle nach KG und PÜG bestehe darin, dass letzteres Gesetz keine spezifisch subjektsbezogenen Eingriffskriterien kenne, wie beispielsweise die Erzwingung gegenüber dem Betroffenen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) oder dessen Not- (Art. 21 OR) oder Zwangslage (Art. 157 StGB), welche sich immer auf ein konkretes Vertragsverhältnis beziehe. Die Tatsache, dass die Weko die einschneidenden Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG verhängen könne, während dem Preisüberwacher nur die indirekten Sanktionen des Art. 23 PÜG zur Verfügung stünden, erkläre, «weshalb der Kartellgesetzgeber für die Vorinstanz eine bedeutend höhere Eingriffsschwelle festgelegt hat, die mit den spezifischen Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG – vergleichbar mit dem Wuchertatbestand von Art. 157 StGB [...] – die *Sanktionswürdigkeit* des inkriminierten Verhaltens widerspiegeln soll».⁴⁰

[Rz 20] Allenfalls auf «normalen» Märkten könne aus der Existenz einer marktbeherrschenden Stellung ein «unwiderstehlicher Zwang» abgeleitet werden. Etwas anderes gelte aber für vernetzte bzw. regulierte Märkte: Die fernmelderechtliche, regulatorische Rahmenordnung mit ihrer Interkonnections- und Interoperabilitätspflicht gehe als *lex specialis* dem Kartellgesetz grundsätzlich vor. Angesichts der Möglichkeit amtlicher Preisfestsetzung sei das für Art. 7 Abs. 2 lit. c KG konstitutive Erzwingungspotential nicht ersichtlich.⁴¹

III. Würdigung des Urteils

[Rz 21] Das Urteil stellt einen Meilenstein für die öffentlich-rechtliche Durchsetzung des Schweizer Kartellrechts dar. Das Bundesverwaltungsgericht trifft grundsätzliche Aussagen zu den grundrechtlichen Anforderungen, die an die institutionelle Ausgestaltung der Rechtsanwendungsinstanzen zu stellen sind. Nach Auffassung des Gerichts können direkte Sanktionen von einer Behörde verhängt werden, wenn in der nächsten Instanz ein Gericht mit voller Kognition über alle Sach- und Rechtsfragen entscheidet. Prononciert nimmt das Gericht auch zu materiell-rechtlichen Fragen Stellung, nämlich zur Auslegung von Art. 7 KG. Hier vermag der Standpunkt des Gerichts allerdings nicht zu überzeugen.

1. Bestimmtheitsgrundsatz

[Rz 22] Nach Auffassung des Gerichts ist das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen in Art. 7 KG

für die Zwecke der Verwaltungssanktionen bestimmt genug.⁴² Allerdings fügt es zwei Einschränkungen hinzu, die nach der hier vertretenen Auffassung über das vom Bestimmtheitsgrundsatz erforderte Mass hinausgehen.

[Rz 23] Erstens erscheint der Standpunkt des Gerichts zu eng, wonach bei der Frage einer ausreichenden Fallpraxis auf das spezielle Phänomen der Erzwingung unangemessener Terminierungspreise in *ex post* regulierten Telekommunikationssystemen abzustellen sei.⁴³ Kartellrecht ist eine sektorübergreifende Rechtsmaterie. Bei der Suche nach einer einschlägigen Fallpraxis sollte auf die zugrundeliegenden Sachfragen abgestellt werden, d.h. im vorliegenden Zusammenhang darauf, ob eine ausreichende Fallpraxis zu den Methoden existiert, welche eine Annäherung an die Bestimmung unangemessener Preise erlauben. Es ist bekannt, dass diese Methoden nicht in dem Ausmass trennscharf sind, dass die Angabe des konkreten Betrags möglich wäre, ab dem ein angemessener Preis in einen unangemessenen umschlägt. Sie vermitteln jedoch ausreichende Sicherheit bei der Vorgehensweise. So ist beispielsweise anerkannt, dass die Beurteilungselemente aus Art. 13 PÜG auch im Kontext von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG herangezogen werden können.⁴⁴ Die Methode der Kostenbegrenzung oder das Vergleichsmarktkonzept sind hinlänglich bekannt, um von einer ausreichenden (in – oder ausländischen) Fallpraxis sprechen zu können, welche Art. 7 KG ausreichende Bestimmtheit verschafft.

[Rz 24] Zweitens ist die Einschätzung des Gerichts abzulehnen, wonach die Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG für sich allein betrachtet keine ausreichende Vorhersehbarkeit gewährleisten könne, die Bestimmtheit also nur aufgrund der Liste von Beispielen in Art. 7 Abs. 2 KG gewährleistet sei. Die Konsequenz dieser Überlegung besteht darin, dass Verhaltensweisen, die zwar nicht einem dieser Beispiele zugeordnet werden können, die aber gegen die Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG verstossen, zwar unzulässig sind, aber nicht sanktioniert werden können.⁴⁵ Dies ist mit dem Charakter der Beispielsliste als einer nicht abschliessenden Aufzählung unvereinbar.⁴⁶ Die Tatbestandsmerkmale des Missbrauchs und

⁴² Eine andere Frage ist, ob bei einer allfälligen Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen Verhaltensweisen nach Art. 7 KG einbezogen werden sollten. Skeptisch hierzu HEINEMANN, *Kriminalrechtliche Individualsanktionen im Kartellrecht?*, in: KUNZ/HERREN/COTTIER/MATTEOTTI (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis*, FS von Büren, Basel 2009, S. 595 (614).

⁴³ S. BVGer (oben Fn. 9), S. 66 f. (unter Erwägungen 4.4).

⁴⁴ ZÄCH (oben Fn. 1) RZ 695.

⁴⁵ Dies wäre relevant für den allgemeinen Behinderungstatbestand. Im *Publigroupe*-Fall (oben Fn. 3) argumentierte die Weko in erster Linie mit der Generalklausel (s. sogleich im Text). Auch im ADSL-Fall (oben Fn. 3) stellte die Weko fest, dass zusätzlich zu einer Diskriminierung aufgrund der Kosten-Preis-Schere (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) eine Behinderung der Konkurrenten i.S. der Missbrauchs-Generalklausel vorliege (*ibid.*, Tz. 322-324).

⁴⁶ Das Vorliegen eines Beispielstatbestands ist weder notwendige Bedingung noch hinreichendes Kriterium für einen Verstoß gegen Art. 7 KG, s. BGE 129 II 497 – *EEF* (Erwägung 6.5.1). So auch die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl

³⁹ BVGer (oben Fn. 9), S. 194.

⁴⁰ BVGer (oben Fn. 9), S. 204, s. auch S. 221.

⁴¹ BVGer (oben Fn. 9), S. 215 ff.

der marktbeherrschenden Stellung sind an das europäische Kartellrecht angelehnt (heute: Art. 102 AEUV) und haben in der EU und in der Schweiz einen so hohen Grad der Konkretisierung erfahren, dass von ausreichender Bestimmtheit auszugehen ist.⁴⁷ Vor diesem Hintergrund ist die Aussage des Gerichts, dass die Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG «keinerlei Konturen» aufweise,⁴⁸ zurückzuweisen.

[Rz 25] Zu welchen Schwierigkeiten der Standpunkt des Bundesverwaltungsgerichts führt, zeigt der *Publigroupe*-Fall. Hier prüfte die Weko nicht nur das Vorliegen einer unzulässigen Diskriminierung (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG), sondern auch (und zwar ganz überwiegend), ob die Nichtkommissionierung gewisser Vermittler gegen die Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG verstosse, indem durch die Errichtung von Marktzutritts-schranken Interessenten in der Ausübung des Wettbewerbs behindert würden.⁴⁹ Das Bundesverwaltungsgericht fasst die Vorgehensweise der Weko dahingehend zusammen, dass die Kommission «im Ergebnis Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG zu Recht als *untrennbare Einheit* aufgefasst [hat], indem sie für die Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens voraussetzte, dass eine Marktbeherrscherin die Marktgegenseite «behindert» (Art. 7 Abs. 1 KG), dadurch dass sie Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)».⁵⁰ Dies ist allerdings eine gewagte Interpretation der wettbewerbsbehördlichen Analyse. Was die Weko tatsächlich macht, ist eine Würdigung der einschlägigen Verhaltensweisen vor dem Hintergrund des aus der Generalklausel fliessenden Behinderungstatbestands. In die Analyse werden – vorsichtig dosiert – Aspekte der Diskriminierung eingestreut. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt klar auf dem allgemeinen Behinderungstatbestand.⁵¹ Konsequenterweise hätte das Bundesverwaltungsgericht die Sanktionierung der im Schwerpunkt vom allgemeinen Behinderungstatbestand erfassten Verhaltensweisen als mit dem Bestimmtheitsgrundsatz unvereinbar aufheben müssen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist der allgemeine Behinderungstatbestand hingegen bestimmt

genug, so dass dem Bundesverwaltungsgericht im Ergebnis zuzustimmen ist.

[Rz 26] In rechtsvergleichender Hinsicht sei erwähnt, dass nicht alle Mitgliedstaaten der EU in ihrem nationalen Kartellrecht vollständig dem Vorbild des Art. 102 AEUV folgen: Die Niederlande haben beispielsweise in Art. 24 ihres Kartellgesetzes auf eine Liste von Missbrauchsbeispielen verzichtet. Angesichts der Sicherheit, die mittlerweile bei der Anwendung des Missbrauchsverbots erreicht ist, erschiene es nicht sachgemäss, die von der niederländischen Wettbewerbsbehörde wegen eines Verstosses gegen das Missbrauchsprinzip verhängten Geldbussen am Bestimmtheitsgebot des Art. 7 EMRK scheitern zu lassen.

2. Recht auf ein unabhängiges Gericht

[Rz 27] Das BVGer ist der Auffassung, dass die aktuelle institutionelle Ausgestaltung, auf der die Verhängung direkter Sanktionen aufbaut, mit dem Recht auf ein unabhängiges Gericht gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar ist. Das Gericht wendet sich gegen Engführungen, nach denen nur bei Bagatellsachen auf die Beteiligung eines unabhängigen Gerichts in jeder Phase des Verfahrens verzichtet werden könne. Es kommt nach einer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR zu dem Ergebnis, dass es bei den Verwaltungssanktionen ausreicht, dass die Behördenentscheidung der vollständigen Überprüfung von Tat- und Rechtsfragen durch ein unabhängiges Gericht unterliegt.

[Rz 28] Dieser Standpunkt ist überzeugend. Es gibt verschiedene Stufen des strafrechtlichen Unwerturteils, nämlich in aufsteigender Reihenfolge die Verwaltungssanktionen,⁵² Übertretungen, Vergehen und Verbrechen. Bei den Übertretungen hat der Täter nach geltendem Recht einen Anspruch darauf, dass das Strafgericht anstelle der Behörde entscheidet (Art. 57 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 72 VStrR). Würden echte kriminalrechtliche Kartelltatbestände i.S. von Vergehen und Verbrechen eingeführt, wären von Anfang an die Gerichte zuständig, wobei die Strafverfolgungsbehörden eng mit der Wettbewerbsbehörde zusammenarbeiten sollten.⁵³ Bei den Verwaltungssanktionen besteht hingegen ein Bedürfnis nach Flexibilität der institutionellen Ausgestaltung. Eine starke, zur Verhängung von Sanktionen befugte Kartellbehörde ist genauso denkbar wie ein staatsanwaltschaftliches Modell mit einer Trennung von Anklagebehörde und Gericht.⁵⁴ Für das

1995, 468 (570). Vgl. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Basel 2010, Art. 7 KG N 25: «Als generelle Folgerung aus dieser Praxis lässt sich festhalten, dass die Kriterien eines missbräuchlichen Verhaltens immer aus der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 abzuleiten sind [...], wobei die Typologie von Art. 7 Abs. 2 in diesem Zusammenhang nur (aber immerhin) so etwas wie interpretatorische Schützenhilfe leisten kann».

⁴⁷ Der Europäische Gerichtshof hat bereits im Jahr 1979 die hinreichende Bestimmtheit des europäischen Missbrauchsverbots festgestellt, s. EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76 – *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Slg. 1979, 461, Tz. 128 ff. In Bezug auf das Diskriminierungsverbot erkennt das Bundesverwaltungsgericht die Bedeutung einer in- und ausländischen wettbewerbsrechtlichen Fallpraxis an, s. BVGer, 27.4.2010 – *Publigroupe*, B-2977/2007, S. 86 (Erwägung 8.1.5.1).

⁴⁸ BVGer (oben Fn. 9), S. 68 (Erwägung 4.5.1). Bestätigt in BVGer, 27.4.2010 – *Publigroupe*, B-2977/2007, S. 84 (Erwägung 8.1.5.1).

⁴⁹ WEKO, 5.3.2007 – *Publigroupe* (oben Fn. 3), Tz. 196, 198 ff.

⁵⁰ BVGer, 27.4.2010 – *Publigroupe*, B-2977/2007, S. 85 (Erwägung 8.1.5.1).

⁵¹ S. WEKO, 5.3.2007 – *Publigroupe* (oben Fn. 3), Tz. 196.

⁵² Die nun herrschende Meinung qualifiziert die direkten Sanktion des Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtlich, in diesem Sinn z.B. Baker&McKenzie/REINERT, Handkommentar zum KG, Bern 2007, Art. 49a KG N 3 ff.; TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich 2007, S. 83 ff., jeweils m.w.N. Zu den *Engel*-Kriterien, die in ständiger Rechtsprechung für die strafrechtliche Qualifikation im Sinne von Art. 6 EMRK herangezogen werden, s. EGMR, Urteil 35533/04 v. 11.1.2007 – *Mamidakis c. Grèce*, Tz. 20.

⁵³ HEINEMANN (oben Fn. 42), S. 617.

⁵⁴ Zu verschiedenen Möglichkeiten der institutionellen Ausgestaltung

rechtsstaatliche Postulat gerichtlicher Kontrolle sollte auf der tiefsten Stufe des pönalen Unwerturteils, also bei den Verwaltungssanktionen, die Möglichkeit umfassender Kontrolle durch ein unabhängiges Gericht ausreichen.⁵⁵

[Rz 29] Das BVGer verweist zu Recht darauf, dass sich der Praxis des EGMR nicht der Grundsatz entnehmen lässt, nur bei Bagatelbussen reiche eine spätere gerichtliche Kontrolle aus. In der vom BVGer herangezogenen Rechtssache *Mamidakis* ging es um die Verhängung einer substantiellen Geldbusse durch den Direktor der Zollfahndungsbehörde, und der Gerichtshof verneinte einen Verstoss gegen Art. 6 EMRK (in toto).⁵⁶ Allerdings besteht der «Schönheitsfehler» dieser Referenz darin, dass es nach dem Zusammenhang eher um den ebenfalls in Art. 6 Abs. 1 EMRK verbürgten Anspruch auf ein faires Verfahren und die in Absatz 2 der Vorschrift verbürgte Unschuldsvermutung als um das Recht auf ein unabhängiges Gericht ging.⁵⁷ Implizit scheint der Gerichtshof aber davon auszugehen, dass die Verhängung eines hohen Bussgeldes durch eine Verwaltungsbehörde mit den Vorgaben von Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar ist, wenn der Weg zu einer umfassenden Kontrolle durch die Gerichte offen steht.

[Rz 30] Das Bundesverwaltungsgericht hätte auch auf einen anderen Entscheid des Strassburger Gerichtshofs hinweisen können: In der Rechtssache *Jussila v. Finland* hat der Gerichtshof auf die Ausweitung des Begriffs der «strafrechtlichen Anklage» auf Taten hingewiesen, die nicht dem Bereich traditionellen Strafrechts zugeordnet werden können. Ausdrücklich hat er in diesem Zusammenhang das Kartellrecht erwähnt.⁵⁸ Nach Auffassung des Gerichtshofs sind

ausserhalb des Kernbereichs die Justizgrundrechte nicht mit derselben Strenge anzuwenden. Auch wenn sich dieser Rechtsprechung Indizien dafür entnehmen lassen, dass das Recht auf Zugang zu den Gerichten der erstinstanzlichen Bussenzuständigkeit von Kartellbehörden nicht prinzipiell entgegensteht, ist zu hoffen, dass der EGMR bald einmal mit einem kartellrechtlichen Bussgeld befasst wird, das von einer Verwaltungsbehörde verhängt wurde, damit die grundrechtlichen Vorgaben für die institutionelle Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden im Geltungsbereich der EMRK geklärt werden.

3. Art. 7 KG

[Rz 31] Wenn ein oder mehrere Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung besitzen, funktioniert die Kontrolle durch den Wettbewerb nicht mehr zufriedenstellend. Sie wird dann ergänzt oder ersetzt durch eine besondere kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht. Gem. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG gehört hierzu auch eine Preiskontrolle. Da der Wettbewerbsmechanismus nicht mehr funktioniert, unterliegt die freie Preisbildung kartellrechtlichen Einschränkungen.

3.1 Marktbeherrschende Stellung

[Rz 32] Erste Voraussetzung für die besondere Missbrauchsaufsicht ist das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung. Der *Swisscom-Fall* ist ein typisches Beispiel dafür, wie entscheidend die Frage der Marktabgrenzung für die Feststellung von Marktbeherrschung ist. Grenzt man den relevanten Markt eng ab, wie es Weko und BVGer tun, liegt die Annahme einer beherrschenden Stellung nahe. Weko und BVGer folgen bei der Marktabgrenzung dem Bedarfsmarktkonzept, stellen also in erster Linie auf die funktionelle Austauschbarkeit der Produkte aus der Sicht der Marktgegenseite ab. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf neue Konzepte, die auf eine Marktabgrenzung im klassischen Sinn verzichten möchten. In der Tat muss gerade in der Informationstechnologie grösster Wert darauf gelegt werden, dass die Medienkonvergenz und die hiermit verbundene besondere Dynamik angemessen berücksichtigt werden. Der Begriff des relevanten Marktes bietet aber ausreichenden Spielraum, um die technologische Entwicklung einzubeziehen. Für die hier im Vordergrund stehende Frage der korrekten Anwendung geltenden Rechts ist darauf zu verweisen, dass dem KG das klassische Konzept der Marktabgrenzung zugrunde liegt. Der Methode von Behörde und Gericht ist deshalb zuzustimmen. Es ist auch überzeugend, auf die konkrete Marktgegenseite auf der

s. STOFFEL, Wie weiter im schweizerischen Wettbewerbsrecht?, NZZ v. 17.3.2010, S. 31.

⁵⁵ Zu Recht weist das BVGer darauf hin, dass in Fällen, in denen ein unabhängiges Gericht erst im Verlauf des Verfahrens entscheidet, nicht von «Heilung» die Rede sein sollte. Eine institutionelle Ausgestaltung, die mit den Vorgaben der EMRK vereinbar ist, ist von vornherein nicht fehlerhaft, s. BVGer (oben Fn. 9), S. 82 f. (Erwägung 5.6.2).

⁵⁶ EGMR, Urteil 35533/04 v. 11.1.2007 – *Mamidakis c. Grèce*, Tz. 34.

⁵⁷ Vgl. *ibid.*, Tz. 31-32: Es sei ausreichend, dass die Verhängung einer substantiellen Geldbusse durch den Direktor der Zollfahndungsbehörde von den zuständigen Gerichten kontrolliert wurde, und dass deren Entscheiden keine Willkür zu entnehmen ist. Die Abwesenheit von Willkür wird insbesondere mit der Möglichkeit des Beschwerdeführers begründet, seine Argumente vorzutragen, und mit der ausführlichen Auseinandersetzung der Gerichte mit diesen Argumenten. Der Gerichtshof fügt hinzu: «Le fait que le requérant conteste le raisonnement des juridictions saisies, ne suffit pas pour conclure que celles-ci n'ont pas dûment motivé leurs décisions». Einen Verstoss gegen die Unschuldsvermutung (die der Beschwerdeführer damit begründet, dass gegen ihn kein paralleles, im griechischen Recht vorgesehenes Strafverfahren durchgeführt wurde) verneint der Gerichtshof (*ibid.*, Tz. 33).

⁵⁸ EGMR, Urteil 73053/01 v. 23.11.2006 – *Jussila v. Finland*, Tz. 43: «There are clearly «criminal charges» of different weight. What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a «criminal charge» by applying the *Engel* criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example [...]

competition law [...] and penalties imposed by a court with jurisdiction in financial matters [...]. Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency (see *Bendenoun* and *Janosevic*, § 46 and § 81 respectively, where it was found compatible with Article 6 § 1 for criminal penalties to be imposed, in the first instance, by an administrative or non-judicial body: *a contrario*, *Findlay v. the United Kingdom* [...]).»

jeweiligen Handelsstufe abzustellen, auch wenn Präferenzen auf nachgelagerten Wertschöpfungsstufen die Frage der Substituierbarkeit auf den vorgelagerten Märkten beeinflussen können.⁵⁹ Da aus der Perspektive eines Fernmeldeanbieters für die Terminierung in einem bestimmten Mobilfunkgesetz keine Alternative und damit keine Substituierbarkeit existiert, ist der engen Marktabgrenzung (die übrigens auch der europäischen Praxis entspricht) zuzustimmen.

[Rz 33] Was die Frage der Marktbeherrschung betrifft, so bestätigt das Gericht die Auffassung der Weko, macht sich aber die ökonomischen Argumente nicht in vollem Umfang zu eigen. So wird zwar der *first mover advantage* bestätigt, die Frage nach der Existenz preisinduzierter Netzwerkeffekte (die von der Weko bejaht wurde) jedoch offen gelassen.⁶⁰ Für das Gericht ist die Tatsache entscheidend, dass sich aus der Abwesenheit aktuellen und potentiellen Wettbewerbs die Annahme der Marktbeherrschung ergibt, und dass dieser Annahme keine Faktoren gegenüberstehen, welche den Verhaltensspielraum der Altsassin einschränken könnten. Dies gilt sowohl für den allfälligen Einfluss nachgelagerter Märkte als auch für die disziplinierende Wirkung der Marktgegenseite.

[Rz 34] Es erscheint vertretbar, die Frage der Netzwerkeffekte für die Zwecke der gerichtlichen Kontrolle vorliegend in den Hintergrund zu rücken. Zwar ist der Netzwerkeffekt ein Faktor, der die Existenz von Marktzutrittsschranken zu belegen vermag, und der deshalb ein wichtiges Argument zum Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung bildet. Im Mittelpunkt des Falls steht aber nicht der vom Netzwerkeffekt betroffene Markt, sondern ein vorgelagerter Markt, so dass die Frage des Netzwerkeffekts nur indirekt relevant ist, nämlich bei der Frage, ob die eigentlich anzunehmende Marktbeherrschung aufgrund disziplinierender Kräfte auf dem nachgelagerten Markt entfällt. Allgemein lässt sich dem Gericht ein adäquater Umgang mit den ökonomischen Argumenten attestieren: Die wirtschaftlichen Zusammenhänge werden umfassend gewürdigt. Sind die ökonomischen Argumente nicht entscheidungsrelevant, wird ihr Stellenwert offen gelassen.

3.2 Missbrauch

3.2.1 Begriff der «Erzwingung» unangemessener Preise

[Rz 35] Das Gericht stellt hohe Anforderungen an den Begriff

der «Erzwingung». Es kann sich dabei auf die Botschaft zum KG 1995 berufen. Dort heisst es:

«Nach dem Gesetzesentwurf müssen die unangemessenen Preise oder Geschäftsbedingungen «erzungen» werden. Dies bedeutet, dass zum Beispiel ein nachfragemächtiges Unternehmen Mittel anwendet oder anzuwenden droht, mit denen es seiner Forderung nach einem bestimmten Vorzugspreis oder anderen besonders vorteilhaften Geschäftsbedingungen Nachdruck verleiht».⁶¹

[Rz 36] Der historischen Auslegung stehen Wortlaut und Telos gegenüber, die – entgegen der Auffassung des BVGer – für eine weite Auslegung streiten. Was den Wortlaut betrifft, so scheint der Begriff der «Erzwingung» zwar eine besonders rabiate Durchsetzungsform zu verlangen. Der Textbefund der französischen und italienischen Fassung fällt aber anders aus: Benutzt werden hier die Begriffe «le fait d'imposer» und «imposizione», also Wörter, denen auf deutsch eher die Termini «Auferlegung» oder «Durchsetzung» entsprechen würden.⁶²

[Rz 37] Das Gericht hat zwar recht, wenn es darauf hinweist, dass «erzwingen» kein Synonym für «verlangen» ist.⁶³ Die Anforderungen an den Qualifikationsgrad des «Erzwingens» sind aber durch die teleologische Auslegung zu gewinnen. Das Gericht liefert hierfür selbst den Schlüssel: Zu Beginn der Ausführungen zu den Missbrauchsformen führt es aus:

«Mit der in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG vorgesehenen Möglichkeit, *kartellgesetzlich* gegen Preisausbeutungen vorzugehen, soll insbesondere verhindert werden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen vom Wettbewerb nicht wirksam kontrollierten Gestaltungsspielraum zu Lasten Dritter mit einem Verhalten, das zu «nicht wettbewerbsgerechten Marktergebnissen» führt, ausnützt [...]».⁶⁴

[Rz 38] Entscheidend für den Missbrauchsbegriff ist es also, dass die marktbeherrschende Stellung instrumentalisiert wird, um Konditionen am Markt durchzusetzen, die erheblich von Resultaten unter Wettbewerb abweichen. Hierfür ist es (entgegen den Ausführungen zum Preissmissbrauch in der Botschaft) nicht erforderlich, dass eine Drohkulisse aufgebaut wird, mit der den ausbeuterischen Konditionen

⁵⁹ S. hierzu HEIMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005, Rn. 198, 280 ff.

⁶⁰ BVGer (oben Fn. 9), S. 161 f. (Erwägung 10.6.4). Die Weko hatte sich auf die Theorie von LAFFONT, REY und TIROLE (Network Competition: II. Price Discrimination, 29 RAND Journal of Economics (1998) 38-56) berufen, wonach grosse Preisunterschiede zwischen Anrufen innerhalb desselben Netzes (on-net) und netzübergreifenden Anrufen (off-net) gut für Mobilfunkanbieter mit hohen Marktanteilen seien, da es für Endkunden dann attraktiver sei, dem «grossen» Netz beizutreten.

⁶¹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995, 468 (573).

⁶² Dies entspricht der Wortwahl des europäischen Rechts, also heute Art. 102 S. 2 lit. a AEUV (dem die Vorschrift des Art. 7 Abs. 2 lit. c KG nachgebildet ist, vgl. u. Fn. 70): Während in der deutschsprachigen Fassung ebenfalls von der «Erzwingung von unangemessenen [...] Preisen» die Rede ist, heisst es in der französischen Fassung «imposer [...] des prix [...] non équitables», in der italienischen «imporre [...] prezzi [...] od altre condizioni di transazione non eque» und in der englischen «imposing [...] unfair prices».

⁶³ BVGer (oben Fn. 9), S. 213.

⁶⁴ BVGer (oben Fn. 9), S. 191 (Erwägung 11.1.2).

Nachdruck verliehen wird. Es ist vielmehr relevant, dass die Abwesenheit wirksamen Wettbewerbs und damit von Ausweichmöglichkeiten ausgenutzt wird, um unangemessene Preise oder andere Konditionen durchzusetzen.⁶⁵ Eines besonderen, über die Abwesenheit von Ausweichmöglichkeiten hinausgehenden Zwangs bedarf es nicht.

[Rz 39] Dies entspricht auch der Auffassung in weiten Teilen der Literatur. Wenn der «Erzwingung» überhaupt besondere Beachtung zuteil wird, und nicht sofort auf die komplexe Frage der «Unangemessenheit» von Preisen oder anderen Geschäftsbedingungen zugesteuert wird, werden ganz überwiegend keine besonderen Anforderungen hieran gestellt.⁶⁶

3.2.2 Bezug zum Europäischen Kartellrecht

[Rz 40] Dieser Befund wird auch durch einen Vergleich mit dem europäischen Kartellrecht erhärtet.⁶⁷ Dort werden ganz überwiegend keine besonderen Anforderungen an die Modalität der Preisausbeutung gestellt.⁶⁸ Es ist nicht überzeugend, dass das BVGer eine Auslegung des Begriffs der «Erzwingung» unangemessener Preise vornimmt, die sich so weit vom Begriff der «Erzwingung» im EU-Recht entfernt. Bei der Formulierung der Regelbeispiele in Art. 7 Abs. 2 KG standen zwei Modelle Pate: Einerseits erfolgte eine Orientierung am Vorgängergesetz, nämlich an Art. 6 Abs. 2 KG 1985, andererseits erfolgte eine ausdrückliche Anlehnung an das Wettbewerbsrecht der Europäischen Union.⁶⁹ Was die Frage des Preismissbrauchs betrifft, so enthielt die Liste des Art. 6 Abs. 2 KG 1985 lediglich die Preisdiskriminierung (lit. a und

b), das unzumutbare Fordern von Vorzugspreisen (lit. b) und die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Preisunterbietung (lit. c), nicht aber eine allgemeine Vorschrift über Preisausbeutung. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG wurde an den damaligen Art. 82 S. 2 lit. a EGV (heute Art. 102 S. 2 lit. a AEUV) angelehnt. Die Formulierung im Schweizer Recht («die Erzwingung unangemessener Preise») ist zwar nicht identisch mit dem europäischen Vorbild («der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen»), lehnt sich aber stark hieran an und benutzt insbesondere denselben Begriff der «Erzwingung».⁷⁰

3.3 Das Verhältnis der kartellrechtlichen Preiskontrolle zu funktionalen Äquivalenten

[Rz 41] In Bezug auf das Verhältnis von Kartellrecht zu anderen Rechtsmaterien, die Bestimmungen zur Wertparitätskontrolle enthalten, ist das Gericht der Auffassung, dass die Konturen von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG erst vor dem Hintergrund dieser anderen Bestimmungen sichtbar werden.⁷¹ Diesem Ausgangspunkt ist zuzugestehen, dass es der (auch vom Gericht in Bezug genommene) Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung erfordert, jedes Gesetz im Kontext der Gesamtordnung auszulegen. Es gibt aber keinen Anlass, das Kartellgesetz so weit aus dem Fokus zu nehmen, dass seine Konturen (bzw. die Konturen des kartellrechtlichen Preismissbrauchs) erst vor dem Hintergrund der benachbarten Gesetze sichtbar werden. Während es des Kartellrechts in der Marktwirtschaft immer bedarf, muss Regulierungsrecht durch einen Fall des Marktversagens (z.B. Externalitäten, natürliche Monopole, Informationsmängel) gesondert gerechtfertigt werden. Die allgemeinen Grundsätze für die Preiskontrolle auf individuell oder kollektiv beherrschten Märkten sollten deshalb dem Kartellrecht vorbehalten werden und durch den Blick auf verwandte Gesetze angereichert werden. Die Nachbarregelungen sollten aber nicht zu einer Blockade des Kartellrechts führen, jedenfalls soweit der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Kartellrechts nicht zurückgenommen hat.

3.3.1 Preisüberwachungsgesetz

[Rz 42] Was das Verhältnis zum Preisüberwachungsrecht betrifft, so vermag das Argument des Gerichts, aus der Verfügbarkeit direkter Sanktionen im Kartellrecht auf «eine bedeutend höhere Eingriffsschwelle» beim kartellrechtlichen Preismissbrauch im Vergleich zur Preisüberwachung nach dem PÜG zu schliessen,⁷² schon deshalb nicht zu überzeugen, weil Art. 7 Abs. 2 lit. c KG acht Jahre vor Einführung der direkten Sanktionen geschaffen wurde und die direkten Sanktionen auf die Stärkung der bestehenden Verbotstatbe-

⁶⁵ Bemerkungen in dieser Richtung finden sich bei BVGer (oben Fn. 9), S. 198, wo der Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten ein entsprechendes «Zwangspotential gegenüber einer auf Geschäftsbeziehungen angewiesenen Marktgegenseite» zugeschrieben wird. Der im Haupttext entwickelte Gedanke lässt sich auch so paraphrasieren, dass beim Preismissbrauch ausnahmsweise eine ursächliche Verknüpfung zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch erforderlich ist, s. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Basel 2010, Art. 7 KG N 297.

⁶⁶ S.z.B. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Basel 2010, Art. 7 KG N 297; DALLAFIORI in Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996/1997, Art. 7 Rn. 128; Commentaire Romand/Clerc, Genf, Basel, München 2002, Art. 7 LCart Rn. 209; Baker&McKenzie/P. REINERT, Handkommentar zum KG, Bern 2007, Art. 7 KG Rn. 29.

⁶⁷ Wegen der starken Anlehnung an das europäische Missbrauchsverbot zieht die Literatur zur Auslegung von Art. 7 KG in besonderem Mass die Erfahrungen im Europäischen Kartellrecht heran, s. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Basel 2010, Art. 7 KG N 268, 292; Commentaire Romand/Clerc, Genf, Basel, München 2002, Art. 7 LCart Rn. 44.

⁶⁸ S.z.B. BULST, in Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2 Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl., Köln 2010, Art. 82 EGV Rn. 159; MÖSCHEL, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, EG/Teil 1, 4. Aufl., München 2007, Art. 82 EGV Rn. 138; SCHRÖTER in Schröter/Jacob/Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003, Art. 82 EGV Rz. 181 ff.; WEISS, in Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl., München 2007, Art. 82 EGV Rn. 44.

⁶⁹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995, 468 (531, 570).

⁷⁰ Das Gericht weist selbst darauf hin, dass der Begriff der «Erzwingung» der europäischen Regel nachgebildet ist, BVGer (oben Fn. 9), S. 198.

⁷¹ S.o. Fn. 39.

⁷² S.o. Fn. 40.

stände, nicht aber auf ihre Restriktion abzielten.⁷³ Ausserdem geht es angesichts des klaren Vorrangs von Kartellverfahren vor Preisüberwachungsverfahren (Art. 3 Abs. 3 KG) nicht an, das PüG argumentativ dazu zu verwenden, die Tragweite des KG einzuschränken.

3.3.2 Übervorteilung (Art. 21 OR)

[Rz 43] Was Art. 21 OR betrifft, so stellt das Gericht eine strukturelle Verwandtschaft zwischen dieser Norm und Art. 7 Abs. 2 lit. c KG fest. Bei Art. 21 OR sei anerkannt, dass zuerst die Notlage und erst dann das objektive Missverhältnis der Austauschleistungen geprüft werden müsse. Dies müsse «nach dem Postulat der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung zwingend auch im Kontext von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG gelten».⁷⁴

[Rz 44] Diesem Gedankengang kann zugestimmt werden, er führt aber im Zusammenhang mit Art. 7 KG zu einem anderen Ergebnis. In Zeiten ohne wirksames Kartellrecht musste die allgemeine Übervorteilungsnorm des Art. 21 OR auch auf Paritätsstörungen aufgrund der Ausübung wirtschaftlicher Macht angewandt werden. Spätestens mit dem KG 1995 sind die Voraussetzungen für diese Fallgruppe in Art. 7 Abs. 2 lit. c KG konkretisiert worden. Wie die Auslegung dieser Vorschrift ergeben hat, werden unangemessene Preise bereits dann erzwungen, wenn die marktbeherrschende Stellung und der dieser zugrunde liegende Mangel an Ausweichmöglichkeiten zur Durchsetzung von Preisen instrumentalisiert wird, die sachlich nicht zu rechtfertigen sind. Die «Notlage» des Art. 21 OR wird in Art. 7 KG also durch die Existenz einer marktbeherrschenden Stellung konkretisiert. Im Übrigen ist in Art. 21 OR nicht von «Erzwingung», sondern von einer «Ausbeutung der Notlage» die Rede. Diese Terminologie passt bestens zum Ausbeutungsmissbrauch des Art. 7 Abs. 2 lit. c KG, und lässt sich als zusätzliches Argument dafür einsetzen, dass die «Erzwingung» i.S. dieser Vorschrift als Ausnutzung einer Notlage, nämlich des mit der Marktbeherrschung verbundenen Mangels an Ausweichmöglichkeiten zu verstehen ist.

3.3.3 Fernmeldegesetz

[Rz 45] Im Zentrum des Entscheids steht das Verhältnis der kartellrechtlichen Preiskontrolle zum Fernmelderegulierungsrecht. Das Gericht verneint die «Erzwingung» unangemessener Preise, weil die Unternehmen auf der Marktgegenseite, also Orange und Swisscom, die Möglichkeit gehabt hätten, nach einem Scheitern von Vertragsverhandlungen Entgelt-

festsetzung durch die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) zu beantragen.⁷⁵

[Rz 46] Dieses Argument ist in den Gesamtzusammenhang zu stellen. Für die Endkunden stellt der Terminierungspreis nur einen mittelbaren Faktor dar, da er lediglich als Preis für eine Vorleistung in die Kalkulation des Fernmeldeanbieters einfliesst. Obwohl die (hohen) Terminierungspreise an die Endkunden weitergegeben werden,⁷⁶ haben diese keinen Einfluss auf die Gestaltung der Terminierungspreise. Es ist insofern bedauerlich, dass die Weko im Verlauf der Untersuchung die unmittelbar auf die Konsumenteninteressen abzielenden Überlegungen *ad acta* gelegt hat und sich auf die Interessen der Marktgegenseite, also insbesondere der anderen Mobilfunkanbieter beschränkt hat.⁷⁷ Ursprünglich hatte die Weko auch wegen des Verdachts horizontaler Wettbewerbsabreden, nämlich Absprachen über die Terminierungspreise⁷⁸ bzw. die Endkundenpreise⁷⁹, gegen die drei Mobilfunkanbieter ermittelt. Dieser Verdacht erhärtete sich offenbar nicht.

[Rz 47] Die Konsequenz des Gerichtsentscheids besteht darin, dass die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle eines aus Endkundensicht wichtigen Preisbestandteils deshalb misslingt, weil andere Mobilfunkanbieter (die selbst noch höhere Terminierungspreise verlangten) auf die Inanspruchnahme der nach Fernmelderecht zur Verfügung stehenden Demarchen verzichtet haben. Die Gründe für diesen Verzicht bleiben mangels ausreichender Aufklärung im Dunkeln.⁸⁰ Faktisch stellt sich der Vorgang als ein «Unterlassen zu Lasten Dritter», nämlich der Endkunden dar.

[Rz 48] Dieser missliche Zustand liesse sich durch eine Auslegung des Begriffs der «Erzwingung» abstellen, wie sie oben (unter III 3.2) vorgeschlagen wurde. Es ist nicht befriedigend, die Anwendbarkeit des Kartellrechts neben dem besonderen Regulierungsrecht zu bejahen, über eine enge Auslegung

⁷³ Was auch verfassungskonform war, s. RHINOW/GUROVITS, Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des EVD, RPW 2001, 592, 616 f.: «Ein Sanktionensystem, das dazu bestimmt und geeignet ist, das materiellrechtlich verbotene Verhalten zu ahnden, erscheint grundsätzlich verfassungskonform».

⁷⁴ BVGer (oben Fn. 9), S. 208.

⁷⁵ Diese Möglichkeit findet sich heute in Art. 11a FMG; für den hier zu beurteilenden Fall war Altrecht, nämlich Art. 11 Abs. 3 aFMG relevant.

⁷⁶ Das Gericht stellt in anderem Zusammenhang ausdrücklich fest, dass Gewinne erzielt werden, s. BVGer (oben Fn. 9), S. 175 ff. (Erwägung 10.9).

⁷⁷ Zu der (im Verlauf des Gerichtsverfahrens ausgeräumten) Ambivalenz der Behördenverfügung in Bezug auf den durch die Verfügung geschützten Verletztenkreis s. BVGer (oben Fn. 9), S. 53 f. (Erwägung 2.2.3) und S. 191 ff. (Erwägung 11.2.1).

⁷⁸ BVGer (oben Fn. 9), S. 14 f.

⁷⁹ BVGer (oben Fn. 9), S. 192.

⁸⁰ S. aber den Hinweis des Gerichts auf das gemeinsame Interesse der Fernmeldedianbieter an einem überhöhten Terminierungspreinsniveau, BVGer (oben Fn. 9), S. 218 (Erwägung 12.3.3.4). Wenn es sich so verhielte, läge tatsächlich eine ungewöhnliche Konstellation vor: Die Marktgegenseite des Marktbeherrschers lässt sich ausbeuten, ohne Gegenwehr zu leisten, weil sie sich auf ihrem eigenen Terminierungsmarkt (mehr als) schadlos halten kann und deshalb ein Interesse an der Aufrechterhaltung des *status quo* hat. Leidtragende sind die Konsumenten, so dass tatsächlich eine Situation vorläge, die *Adam Smith* «conspiracy against the public» genannt hat.

der materiellrechtlichen Tatbestände faktisch dennoch zu einer Vorrangwirkung des Fernmelderechts und einer fernmelderechtlich verkürzten Sicht der Dinge zu gelangen.⁸¹ Das Gericht ist der Ansicht, dass der Vorschrift des Art. 7 Abs. 2 lit. c KG letztlich ein auf «normale» Märkte eingeschränkter Anwendungsbereich zukomme.⁸² Es reagiert hierauf mit der Überlegung, «ob hier nicht [...] im Interesse der *Endkunden* eine Lücke anzunehmen wäre, die dadurch zu schliessen wäre, dass der Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG auch auf Netzwerk-Infrastrukturmärkte ausgedehnt würde». Das Gericht hält eine solche Lückenfüllung jedoch für ausgeschlossen, u.a. wegen des strafrechtlichen Gesetzmässigkeitsprinzips.⁸³

[Rz 49] Diesem Gedankengang kann nicht zugestimmt werden. Die vom Gericht diagnostizierte «Lücke» besteht nicht. Das Gericht leitet über den Begriff der «Erzwingung» eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der kartellrechtlichen Preiskontrolle auf «normale» Märkte ab, die im Gesetz nicht vorgesehen ist. Nach der ausdrücklichen Regelung in Art. 3 Abs. 1 lit. a KG erfordert der Anwendungsvorbehalt im Bereich der Preiskontrolle, dass eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründet wird. Hiervon kann nur die Rede sein, wenn «die massgeblichen ökonomischen Parameter in entscheidender Weise durch öffentliches Recht festgelegt oder beeinflusst» sind.⁸⁴ Voraussetzung hierfür ist, dass die betreffende Regulierung «das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Wirtschaftsbereich» ausschalten möchte.⁸⁵ Davon kann im Telekommunikationssektor nicht die Rede sein. Eines der Ziele des Fernmeldegesetzes besteht in der Ermöglichung wirksamen Wettbewerbs beim Erbringen von Fernmeldediensten, Art. 1 Abs. 2 lit. c FMG. Für die Zurücknahme des Kartellrechts gibt es also keinen Anlass.

[Rz 50] Es ist ferner nicht ersichtlich, warum Preissmissbräuche im kartellrechtlichen Sinn nur auf «normalen» Märkten stattfinden könnten. Selbst wenn man dem Bundesgericht folgte, dass dem fernmelderechtlichen Kontrahierungszwang für den Spezialfall der «letzten Meile» einen Vorrang vor kartellrechtlichem Kontrahierungszwang eingeräumt hat,⁸⁶ lässt sich dieser Gedanke nicht auf die Entgelthöhe übertragen. Dies macht auch ein Blick in das EU-Recht deutlich. Dort ist

anerkannt, dass das europäische Kartellrecht neben dem Telekommunikationsrecht Anwendung findet, obwohl in der EU die telekommunikationsrechtlichen Vorgaben aufgrund der *ex ante*-Regulierung sehr viel restriktiver sind. So hat das Europäische Gericht erster Instanz (EuG) am Beispiel der Kosten-Preis-Schere (*margin squeeze*) entschieden, dass eine missbräuchliche Preisgestaltung (im Sinn des europäischen Verbots des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen, Art. 102 AEUV) selbst dann vorliegen kann, wenn die betreffenden Entgelte die regulatorischen Vorgaben einhalten und von der zuständigen Regulierungsbehörde genehmigt wurden. Ein Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung habe eine besondere Verantwortung. Entscheidend sei, dass der Marktbeherrscher ausreichenden Handlungsspielraum habe, von sich aus die verlangten Konditionen mit dem Missbrauchsverbot in Übereinstimmung zu bringen.⁸⁷

[Rz 51] Diese Überlegung trifft in noch viel stärkerem Ausmass auf die Rechtslage in der Schweiz zu:⁸⁸ Die Tatsache, dass die Unternehmen auf der Marktgegenseite die Möglichkeit haben, eine Entgeltregulierung durch die ComCom zu verlangen, enthebt den Marktbeherrscher nicht seiner Verantwortung, von vornherein Preise zu stellen, die nicht missbräuchlich sind. Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG auf «normale Märkte», wie sie vom BVGer vertreten wird, ist deshalb abzulehnen. Gerade in Abwesenheit einer *ex ante*-Regulierung besteht ein noch stärkeres Bedürfnis nach kartellrechtlicher Kontrolle.

3.4 Fazit zu Art. 7 KG

[Rz 52] Es ist zutreffend, dass das BVGer die Anwendbarkeit des Kartellrechts trotz Existenz des Regulierungsrechts bejaht. Es ist ferner korrekt, dass das Regulierungsrecht und die damit verbundenen Einschränkungen von Handlungsspielräumen den Fernmeldeanbietern nicht die Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten nehmen, also eine marktbeherrschende Stellung ausschliessen.⁸⁹ Es ist aber nicht richtig, dass der Verhandlungsprimat des Fernmelderechts und die lediglich subsidiär vorgesehene staatliche Intervention den Tatbestand einer «Erzwingung unangemessener Preise» ausschliesst. Entweder bejaht man die Anwendbarkeit des

⁸¹ Das Gericht warnt demgegenüber vor einer «kartellgesetzlich verkürzte(n) Sicht der Dinge», BVGer (oben Fn. 9), S. 194.

⁸² BVGer (oben Fn. 9), S. 211 ff. (Erwägungen 12.3 und 12.4) und S. 221 (Erwägung 12.5.1).

⁸³ BVGer (oben Fn. 9), S. 219 ff.

⁸⁴ SCHÜRMANN, in SCHÜRMANN/SCHLUEP, Kommentar KG PÜG, Zürich 1988, S. 766 (zu Art. 44 Abs. 2 lit. b KG 1985).

⁸⁵ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995, 468 (539).

⁸⁶ BGer, Urteil 4C.404/2006 v. 16.2.2007. Kritisch NOBEL/WEBER, Medienrecht, 3. Aufl., Bern 2007, S. 367, die auf die Gefahr hinweisen, dass eine Engführung des Regulierungsrechts die allgemeinen Grundprinzipien des Wettbewerbsrechts auszuhöhlen riskiere und neue Entwicklungen nicht sachgerecht zu erfassen vermöge.

⁸⁷ EuG, 10.4.2008, Rs. T-271/03 - *Deutsche Telekom AG/Europäische Kommission*, Slg. 2008, II-477, Tz. 85-152 (nicht rechtskräftig). Die Existenz einer *ex ante* greifenden Entgeltregulierung wird lediglich als mildernder Umstand bei der Bemessung der Geldbusse berücksichtigt, s. ebenda Tz. 312-313. Obwohl das BVGer sich ausführlich mit den unterschiedlichen Regulierungsansätzen in der EU und in der Schweiz auseinandersetzt und rechtsvergleichende Überlegungen zum schweizerischen und europäischen Kartellrecht anstellt, erwähnt es das *Deutsche Telekom*-Urteil des EuG nicht und übergeht die Tatsache, dass in der EU trotz des interventionistischeren Regulierungsansatzes eine parallele kartellrechtliche Preisaufsicht stattfindet.

⁸⁸ S. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Basel 2010, Art. 7 KG N 311, die auf das *Deutsche Telekom*-Urteil des EuG Bezug nehmen.

⁸⁹ BVGer (oben Fn. 9), S. 172 ff. (Erwägung 10.8).

Kartellrechts. Dann findet auch eine kartellrechtliche Preiskontrolle statt. Oder man verneint die Anwendbarkeit des Kartellrechts und belässt es bei der regulierungsrechtlichen Kontrolle. Der Systemscheid des Gesetzgebers zugunsten des Verhandlungsprimats und gegen eine *ex ante*-Regulierung beruht auf «der schweizerischen Rechtstradition der Subsidiarität von Regulierungen» und wendet sich gegen «die Gefahr eines übertriebenen Interventionismus des Regulators».⁹⁰ Wenn trotz Bestehens von Regulierungsbedarf zurückhaltend reguliert wird, spricht dies für eine grössere und nicht für eine kleinere Bedeutung des allgemeinen Wettbewerbsrechts im regulierten Sektor.

IV. Zusammenfassung

[Rz 53] Der *Swisscom*-Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ist das erste Gerichtsurteil zu den direkten Sanktionen, was ihm einen Platz in der Geschichte des Schweizer Kartellrechts sichert. Der Entscheid ist aber auch von höchstem rechtsvergleichenden Interesse: Noch nie hat sich ein Gericht so intensiv mit den Grundrechtsbezügen eines Kartellrechtsfalls auseinandergesetzt.

[Rz 54] Dem Entscheid des BVGer lassen sich drei Themenschwerpunkte entnehmen:

[Rz 55] Erstens erfolgt eine Auslegung des Preismissbrauchstatbestands, Art. 7 Abs. 2 lit. c KG. Die Schwierigkeiten bei der Auslegung der «Erzwingung unangemessener Preise» beruhen im konkreten Fall darauf, dass der Verdacht im Raum steht, dass Ausbeuter und Ausgebeutete ein gemeinsames Interesse an hohen Terminierungspreisen haben. Mangels hinreichender Aufklärung über die horizontalen Probleme des Falls bleiben diese Überlegungen allerdings im Spekulativen.⁹¹ Für die «Erzwingung» sollte es auch auf regulierten Märkten ausreichen, dass der einer Marktbeherrschung zugrunde liegende Verhaltensspielraum zur Durchsetzung überhöhter Konditionen eingesetzt wird.

[Rz 56] Zweitens, und dies entgegen dem ersten Anschein, berührt der Entscheid die schwierige Grundsatzfrage nach dem Verhältnis von spezifischer Sektorregulierung zu allgemeinem Wettbewerbsrecht. Obwohl im konkreten Fall die Anwendbarkeit des Kartellrechts unstreitig ist, bleibt das Gericht auf halbem Weg stecken, indem das Regulierungsrecht zu einer unangemessenen Einschränkung der kartellrechtlichen Tatbestände herangezogen wird.

[Rz 57] Drittens klärt der Entscheid einige, allerdings längst nicht alle Streitfragen, die im Zusammenhang mit den rechtsstaatlichen Anforderungen an die direkten Sanktionen diskutiert werden. Die wichtigste Aussage betrifft die institutionelle Ausgestaltung der Verfahren und Sanktionen: Die Zuständigkeit der Weko zur Verhängung direkter Sanktionen ist mit dem Recht auf ein unabhängiges Gericht vereinbar, da anschliessend die Möglichkeit voller gerichtlicher Kontrolle in Bezug auf Tat- und Rechtsfragen besteht. Während das Bundesverwaltungsgericht im *Swisscom*-Entscheid die Frage offenlassen konnte, ob die direkten Sanktionen auf der Rechtsfolgende hinreichend bestimmt seien, hat es im *Publigroupe*-Urteil diese Frage bejaht.

[Rz 58] Die ersten beiden Gerichtsentscheide zu den direkten Sanktionen liegen also vor, weitere werden folgen. Beide Fälle wurden zum Bundesgericht weitergezogen, das somit Gelegenheit haben wird, sich mit dem Thema der direkten Sanktionen zu befassen. Es ist zu begrüßen, dass auf diesem Weg die Konturen des zentralen kartellrechtlichen Durchsetzungsinstruments an Schärfe gewinnen werden.

Prof. Dr. iur. Andreas Heinemann, Universität Zürich. Der Verfasser dankt Herrn Dr. Reto A. Heizmann für wertvolle Anregungen.

* * *

⁹⁰ Diese Passagen der Botschaft zum FMG 2003 werden vom Gericht selbst zitiert, s. BVGer (oben Fn. 9), S. 207 mwN.

⁹¹ S. die Bemerkung des BVGer (oben Fn. 9), S. 218, wonach überhöhte Preise die Folge des gemeinsamen Interesses sein können, aber nicht müssen, was im Einzelnen nicht zu klären sei. S. aber auch ebenda, S. 222, wonach «die betroffenen Fernmeldedienstanbieterinnen die ComCom als Preisregulatorin hätten anrufen können, dies indessen – wegen der gemeinsam bestehenden Interessenlage an ›hohen‹ Terminierungspreisen [...] – unterlassen haben».